

N. 06147/2013 REG.PROV.COLL.
N. 02139/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2139 del 2011, proposto da:

Istituto di Vigilanza Nuova Città di Roma, Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Bersani e Filippo Bersani, con domicilio eletto presso lo studio dei difensori, situato in Roma, p.zza Cola di Rienzo n. 69;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefania Ricci e Fiammetta Fusco ed elettivamente domiciliata presso i difensori nella sede dell'Avvocatura dell'Ente, situata in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27;

nei confronti di

Sipro - Sicurezza Professionale Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabrizio Paoletti, Francesco Paoletti ed Emanuela Paoletti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, situato in Roma, via G. Bazzoni n. 3;

per l'annullamento,

previa sospensiva,

del provvedimento di aggiudicazione definitiva del Lotto 1 (CIG 0367863226) assunto dalla Regione Lazio, Segreteria Generale, con determinazione n.63 del 31 gennaio 2011, comunicata allo scrivente Istituto con nota ricevuta il successivo 1 febbraio 2011, in favore della SI.PRO s.r.l., con riferimento alla procedura aperta in due lotti per il servizio di vigilanza armata nelle sedi del Consiglio Regionale del Lazio, Lotto I (CIG 0367863226), indetta con bando pubblicato nella Gazzetta dell'Unione Europea - TED Tenders Electronic Daily al n. S - 223 del 19.11.2009, e di ogni altro atto rispetto al precedente presupposto, connesso o consequenziale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Lazio e di Sipro Sicurezza Professionale Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2013 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Attraverso l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 3 marzo 2011 e depositato il successivo 10 marzo 2011, la ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva del Lotto 1, assunto dalla Regione Lazio con determinazione n. 63 del 31 gennaio 2011, in favore della SI.PRO. s.r.l., con riferimento alla procedura aperta in due lotti per il servizio di vigilanza armata nelle sedi del Consiglio Regionale del Lazio, indetta con bando pubblicato nella G.U. dell'Unione Europea del 19

novembre 2009, chiedendone l'annullamento.

In particolare, la ricorrente espone quanto segue:

- con il bando sopra indicato, la Regione Lazio bandiva una procedura di gara aperta, in due lotti, per il servizio di vigilanza armata delle sedi del Consiglio Regionale del Lazio;
- presentata offerta per l'aggiudicazione del Lotto 1, relativo a servizi di vigilanza da compiersi presso la sede della Regione Lazio, via della Pisana n. 1301, si collocava nella seconda posizione in graduatoria, mentre l'aggiudicazione definitiva era a favore della SI.PRO. s.r.l. con determinazione n. 63 del 31 gennaio 2011, come da comunicazione della S.A. dell'1 febbraio 2011;
- atteso che, in relazione alla citata società, con decreto n. 8634 del 6 febbraio 2007 la Prefettura di Roma aveva espresso parere negativo al rilascio della certificazione ex art. 10 del D.P.R. n. 252 del 1998 (parere sì annullato dal TAR Lazio con sentenza n. 154 del 14 gennaio 2009, ma - comunque - pienamente efficace in virtù della sospensione di tale decisione da parte del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2365 del 2009), la sigla sindacale COSNIL - ma non la SI.PRO. s.r.l. - provvedeva a darne specifica informativa alla Regione Lazio già in epoca antecedente all'aggiudicazione;
- “nonostante ... la non contestabile consapevolezza dell'episodio di grave malafede contrattuale sopra descritto”, la procedura di gara di cui trattasi veniva portata a compimento, con l'aggiudicazione provvisoria prima e con l'aggiudicazione definitiva poi a favore SI.PRO. s.r.l..

Avverso tale provvedimento la ricorrente insorge deducendo i seguenti motivi di diritto:

1. VIOLAZIONE DI LEGGE, PER VIOLAZIONE DELL'ART. 38, COMMA 1, LETT. F), DEL D.LGS. N. 163/2006, NONCHE' DEL PRINCIPIO DI ADEGUATA MOTIVAZIONE;

2. ECCESSO DI POTERE, PER DIFETTO D'ISTRUTTORIA E
COMUNQUE PER ERRATA ASSUNZIONE DEL QUADRO
ISTRUTTORIO ED IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTA.

Nell'esecuzione di un precedente contratto con la medesima amministrazione, la società SI.PRO. è incorsa in un episodio di grave malafede, "omettendo di comunicare, come suo preciso ed incontestabile obbligo, l'intervento di circostanza ex lege impeditiva della prosecuzione del rapporto". Nonostante tale circostanza sia stata portata a conoscenza della S.A. "antecedentemente all'assunzione del provvedimento di aggiudicazione definitiva", né in quest'ultimo né in alcun atto della procedura "risulta fornita qualsivoglia menzione, né tantomeno motivazione o giustificazione", in spregio del su indicato art. 38. Al riguardo, la ricorrente ha anche inoltrato "comunicazione ex art. 243 bis D.Lgs. 163/2006", "anche con valore di diffida", ma, con nota del 28 febbraio 2011, il Segretario Generale del Consiglio Regionale del Lazio l'ha esplicitamente disattesa, rilevando unicamente un dato non oggetto di minima contestazione, "cioè l'attualità dell'esistenza dell'autorizzazione prefettizia per l'esercizio dell'attività di vigilanza in capo alla SI.PRO. S.r.l.". Con atto depositato in data 18 marzo 2011 si è costituita la controinteressata SI.PRO. s.r.l., la quale – nel prosieguo e precisamente in data 22 marzo 2011 – ha prodotto una memoria con cui ha così supportato la legittimità del provvedimento impugnato: - l'esclusione nei confronti delle imprese che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f, del d.lgs. n. 163/2006, costituisce una facoltà (e non un obbligo), come correttamente rilevato dal Consiglio Regionale del Lazio in riscontro alla lettera della ricorrente del 24 febbraio 2011; - "in assenza .. di alcuna ipotesi obbligatoria di esclusione, non può imputarsi alla Regione Lazio alcuna violazione del predetto art. 38"; - in ogni caso, la

SIPRO non ha tenuto alcun comportamento negligente, né tantomeno grave. “I precedenti rapporti contrattuali non hanno infatti mai dato adito a sollevazione di doglianza alcuna da parte della Regione Lazio”; - la determinazione della Prefettura “non ha sortito alcun effetto sui rapporti contrattuali in essere, impedendo unicamente, e peraltro per brevissimo lasso di tempo, la sottoscrizione di nuovi contratti”; - a carico della SIPRO non sussisteva alcun obbligo o onere di effettuare comunicazione alcuna; - per la nota prefettizia è stata, poi, presentata istanza di riesame, accolta dalla Prefettura di Roma con nota del 23 settembre 2009 (mentre il periodo di incapacità risulta ridotto a quello intercorrente tra maggio 2009 e settembre 2009), con conseguente piena capacità della SIPRO a contrarre con le Amministrazioni.

In data 22 maggio 2011 si è costituita, poi, la Regione Lazio, la quale - nel contempo - ha così confutato le censure formulate: - la previsione dell’art. 38 invocata dalla ricorrente non può trovare applicazione nel caso in esame, tenuto conto che la SIPRO avrebbe tenuto un comportamento scorretto verso la Giunta regionale, ossia nei confronti di una stazione appaltante diversa da quella interessata dalla gara in questione (rectius: il Consiglio regionale); - in ogni caso, la stessa previsione prevede che la stazione appaltante effettui “una valutazione motivata ai fini dell’esclusione della ditta dalla procedura di gara e non, come sostiene parte ricorrente per ammetterla a partecipare alla procedura di gara”.

Con ordinanza n. 1133 del 25 marzo 2011 la Sezione ha respinto l’istanza cautelare.

Con memoria prodotta in data 5 aprile 2013 la Regione Lazio ha posto in evidenza l’intervenuta sottoscrizione del contratto con la società SI.PRO in data 27 giugno 2011, “in seguito alla nota prot. 7673/2011 del 16 giugno 2011 della Prefettura di Roma in cui si comunica che” a carico della predetta società “non sussistono procedimenti né provvedimenti definitivi

di applicazione di misure di prevenzione, né provvedimenti di cui all'art. 10 commi 3, 4, 5, 5 ter e art. 10 quater comma 2 della legge 31-5-1965 n. 575, né le cause interdittive di cui all'art. 4 del decreto legislativo 8/8/1994, n. 490”.

In data 6 aprile 2013 anche la SI.PRO. ha depositato una memoria, ribadendo di non aver tenuto “alcun comportamento negligente, né tanto meno grave” nei confronti della Regione Lazio ed aderendo alla ricostruzione dell'Amministrazione inerente l'inapplicabilità dell'art. 38 per carenza di identità tra la stazione appaltante che ha bandito la gara e l'amministrazione nei cui confronti avrebbe tenuto un comportamento scorretto.

All'udienza pubblica del 23 aprile 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e, pertanto, va respinto.

1.1. Come esposto nella narrativa che precede, la ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva impugnato per violazione di legge (in particolare, art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006 e art. 3 l. 241/1990) nonché eccesso di potere sotto svariati profili, denunciando – in sintesi - che:

- l'Amministrazione resistente ha proceduto all'aggiudicazione nei confronti della controinteressata SIPRO nonostante quest'ultima “nel corso dell'esecuzione di precedente contratto in corso con la medesima SA” fosse “incorsa in episodio di grave malafede”, “omettendo di comunicare” il parere negativo espresso dalla Prefettura di Roma con decreto n. 8634 del 6 febbraio 2007 e, dunque, sottacendo una circostanza idonea ad incidere sul regolare svolgimento del contratto;

- “né nella determina di aggiudicazione, né in alcun atto o provvedimento della procedura .. risulta fornita qualsivoglia menzione, né tantomeno

motivazione o giustificazione riguardo il mantenimento nella procedura stessa della SIPRO s.r.l., sebbene sia a carico della medesima Società pubblicamente emerso episodio di indiscutibile malafede contrattuale nei confronti della stessa S.A.”.

Tali censure non sono meritevoli di condivisione per le ragioni di seguito indicate.

2. Come si trae da quanto sopra riportato, la ricorrente incentra le proprie doglianze sull’operatività dell’art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. Codice dei Contratti) ma con delle peculiarità.

Nel caso in esame, infatti la questione non investe – come generalmente avviene – un’esclusione disposta in applicazione della previsione de qua, bensì riguarda essenzialmente la considerazione riservata dalla Stazione Appaltante al comportamento della controinteressata nell’esecuzione di precedenti contratti, con l’ulteriore peculiarità che tale comportamento è strettamente connesso a vicende che coinvolgono la certificazione antimafia.

Più specificamente, la questione in esame determina la necessità di considerare la legittimità dell’operato della S.A. sotto i seguenti differenti profili:

- la corretta valutazione o meno del comportamento – ritenuto di grave malafede - della controinteressata, con la peculiarità che tale comportamento consiste nella mancata comunicazione – nell’esecuzione di precedente contratto in corso – del decreto prefettizio n. 8634 del 2007, in quanto ritenuta circostanza impeditiva della prosecuzione del rapporto stesso;

- la idonea e corretta esplicitazione delle ragioni per le quali, nonostante tale comportamento, ha mantenuto nella procedura la controinteressata.

In sintesi, appare evidente che la questione de qua interseca due diverse normative e precipuamente quella sua contratti e l’altra sulle certificazioni

antimafia.

2.1. Tutto ciò premesso, appare opportuno ricordare che la causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f), del Codice dei contratti pubblici colpisce le imprese che, secondo motivata valutazione, abbiano commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, o che abbiano commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

In termini analoghi, l'art. 45, secondo comma - lett. d), della direttiva 2004/18/CE, prevede la possibilità di escludere l'operatore economico che nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'Amministrazione.

Il legislatore comunitario e quello nazionale, confermando la previsione già contenuta nel D.P.R. n. 554 del 1999 e riferita ai soli lavori pubblici, hanno così rimesso alle stazioni appaltanti il potere di accertare discrezionalmente, senza limiti temporali, la sussistenza e la gravità dell'inadempienza imputabile all'impresa concorrente.

La gravità della situazione ostativa deve essere valutata dall'Amministrazione procedente, che ha l'onere di motivare in ordine all'esistenza ed all'importanza della condotta pregressa, suscettibile di dar luogo all'esclusione (cfr. A.V.C.P., parere 25 febbraio 2010 n. 42; Id., parere 23 aprile 2008 n. 122).

La rilevanza della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va, in concreto, commisurata al pregiudizio arrecato all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre ex ante nell'impresa con cui decide di intraprendere un nuovo rapporto contrattuale. L'esclusione dalla gara non ha quindi carattere sanzionatorio, ma è viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto

pubblico: così, secondo la giurisprudenza, la presupposta valutazione assume un aspetto più soggettivo, sull'affidabilità del potenziale contraente, che oggettivo, sul pregiudizio al concreto interesse all'esecuzione della specifica prestazione inadempita (in questi termini, tra molte: Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011 n. 409).

Va, altresì, precisata la non indispensabilità di una precedente risoluzione del rapporto formalmente pronunciata ai sensi dell'art. 136 del Codice dei contratti pubblici, né di un definitivo accertamento giudiziale in ordine all'inadempimento contrattuale o alla commissione di reati, essendo sufficiente la valutazione in concreto operata in sede amministrativa dalla stazione appaltante su precedenti risoluzioni per inadempimento contrattuale, determinate da grave negligenza (o malafede) nell'esercizio delle prestazioni affidate (C.d.S., Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078 e 21 giugno 2012, n. 3666 - cfr., ancora, A.V.C.P., determinazione 12 gennaio 2010 n. 1).

In ogni caso, l'esclusione non è automatica, in presenza degli indicati presupposti, ma deve essere il risultato di una "motivata valutazione". In giurisprudenza è stato, peraltro, chiarito che la motivazione può essere costituita anche dal semplice riferimento all'episodio contestato, in base ad un'attività di mero riscontro della fattispecie concreta con quella astratta, con l'ulteriore precisazione che la valutazione della gravità dei pregressi inadempimenti ha – comunque – natura discrezionale ed è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (C.d.S., Sez. III, 14 gennaio 2013, n. 149; C.d.S., Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078).

2.2. Posto che il Collegio non condivide la tesi addotta dalle parti inerente la non identità delle stazioni appaltanti coinvolte nelle vicende richiamate, sussiste – pertanto - la necessità di valutare se – nel caso in esame - la denunciata mancata comunicazione da parte della SIPRO dell'adozione in

data 6 febbraio 2007 del diniego di certificazione ex art. 10 DPR n. 252/98 nel corso dei rapporti contrattuali già in corso con la Regione Lazio possano o meno concretizzare un episodio di grave malafede, di rilevanza ai sensi del su richiamato art. 38, comma 1, lett. f).

Al riguardo, appare opportuno porre in evidenza che:

- la ricorrente non fornisce indicazioni precise circa il/i contratto/i rispetto al/i quale/i si sarebbe verificata la grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni e, dunque, in ordine al persistere della inadempienza denunciata. Nella comunicazione effettuata in data 24 febbraio 2011, ai sensi dell'art. 243 bis del d.lgs. n. 163 del 2006, rappresenta semplicemente che la SIPRO “svolge il servizio di vigilanza armata presso i siti della Regione Lazio a far data quantomeno dall'anno 2008”;

- la vicenda giudiziaria inerente il suddetto decreto prefettizio rivela che tale provvedimento è stato oggetto di pronta impugnativa e, poi, annullato con sentenza di questa Sezione n. 154 del 14 gennaio 2009, la cui efficacia è stata – però - sospesa dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 2365 del 12 maggio 2009;

- la ricorrente ha – in ogni caso - comprovato che il decreto in questione è venuto meno a seguito dell'accoglimento da parte della Prefettura di Roma dell'istanza “di riesame e di revoca” con provvedimento del 23 settembre 2009;

- la procedura di gara oggetto del presente gravame è stata indetta con determinazione n. 634 del 14 ottobre 2009 e – in tale circostanza – la S.A. si è attivata per verificare il possesso della certificazione antimafia, ricevendo riscontro positivo.

Tutto ciò detto, il Collegio osserva che:

a) non è riscontrabile né – del resto - viene formalmente addotto dalla ricorrente un inadempimento già accertato o, quantomeno, contestato

dall'Amministrazione in relazione all'esecuzione di un contratto stipulato in precedenza, a cui il citato art. 38, comma 1, lett. f), riconnette il potere valutativo in relazione ad una nuova, diversa procedura di gara;

b) come già rappresentato, la ricorrente mira a configurare in tali termini la prosecuzione di precedenti contratti da parte della SIPRO, pur in presenza del diniego di certificazione antimafia. Al riguardo, si nutrono perplessità per le seguenti ragioni:

- appare evidente che l'art. 38 in questione riconosce rilevanza a situazioni che si sono già rivelate minatorie per l'esecuzione di un rapporto contrattuale e non consente, invece, di valutare in una diversa sede situazioni che vengono prospettate come tali;

- in ogni caso, il venir meno della certificazione antimafia non comporta – come sembra configurare la ricorrente – alcun immediato effetto interdittivo, bensì determina soltanto l'attribuzione di una facoltà di revoca e di recesso dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 11 D.P.R. n. 252 del 1998;

- alcuna previsione di legge impone l'obbligo per il contraente di comunicare – nel corso dell'esecuzione dei contratti – informazioni in ordine alla certificazione antimafia;

- dalla deliberazione n. 3 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, prodotta agli atti, si trae che è sull'Amministrazione che grava l'obbligo di valutare la permanenza in capo alle società dei requisiti di moralità in costanza di rapporto contrattuale;

- anche volendo configurare la continuazione del servizio da parte della SIPRO sottacendo il diniego di certificazione antimafia richiamato nel ricorso come una circostanza incidente sull'esecuzione delle prestazioni di un precedente contratto, non appare riscontrabile la “gravità”. La disamina della vicenda afferente le informazioni del Prefetto rivela, infatti, che: - alla SIPRO erano contestati fatti risalenti a prima del 2007; - l'istruttoria

all'epoca espletata era stata riconosciuta non esaustiva da parte di questo Tribunale; - già in epoca antecedente all'indizione della gara di interesse in questa sede la Prefettura aveva proceduto al riesame della situazione della SIPRO, concludendo la nuova istruttoria "con esito favorevole"; - è stato dimostrato che, per la gara in trattazione, l'Amministrazione si è attivata, acquisendo dalla Prefettura tutte informazioni in termini favorevoli alla controinteressata.

Tenuto conto di quanto rilevato, il Collegio ritiene doveroso riconoscere che l'Amministrazione resistente ha proceduto in conformità alle previsioni di legge, con connessa impossibilità di rilevare violazioni, anche per quanto attiene ai profili istruttorio e motivazionale.

In sintesi, il Collegio conclude nel senso che l'Amministrazione ha correttamente operato.

3. Preso atto dell'infondatezza dell'azione di annullamento, anche la domanda di risarcimento del danno – la quale, del resto, è generica - non può trovare positivo riscontro.

4. In conclusione il ricorso va respinto.

In ragione delle peculiarità che connotano la vicenda in esame, si ravvisano giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2139/2011, come in epigrafe proposto:

- respinge la domanda di annullamento;
- respinge la domanda di risarcimento del danno;
- compensa le spese di giudizio tra le parti;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2013 con

l'intervento dei Magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Roberto Proietti, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/06/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)